Interzession, insbesondere Schuldbeitritt und Bürgschaft

eine systematische Darstellung auf Grundlage der Lehre von Schuld und Haftung.

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der hohen juristischen Fakultät

der Universität Marburg

vorgelegt von

Heinz Eduard Klann
aus Bremen.

ACAD.
IUGD.BAT.
BIBL.

Bonn 1913.

Carl Georgi, Universitäts-Buchdruckerei und Verlag

Berichterstatter, Professor Dr. Leonhard.

Inhalt.

§ 1. Einleitung 9
§ 2. Begriff der Interzession 12
§ 3. Schuld und Haftung 17
§ 4. Einteilung der Interzessionsgeschäfte 25
§ 5. Die Geschäfte der Schuldinterzession 28
1. Die Schuldübernahme 28
§ 6. 2. Der Schuldbeitritt 33
§ 7. Die Geschäfte der Haftinterzession 40
1. Die Drittverpfändung 41
§ 8. 2. Die Bürgschaft 45
§ 9. Kurze Zusammenfassung der Grundsätze über die Interzession 54
§ 10. Andere Interzessionsgeschäfte und mit der Interzession verwandte Verträge 58

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556031_0034

Literaturübersicht.

Brattig, Die kumulative Schuldübernahme und ihr Verhältnis zur Bürgschaft.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.

Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens.

Deurer, Über den Begriff der Interzession, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 28.

Dniestrzanski, Zur Theorie der Schuldübernahme.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Gierke, Schuld und Haftung.

Hasenbach, Beiträge zur Lehre von der Interzession.

— Die Bürgschaft des gemeinen Rechts.

Heidenheimer, Ein Beitrag zur Lehre von Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme.

Heil, Lehre von der Schuldübernahme.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte.

Hendel, Vereitelung von Zwangsvollstreckungen und ihre Abgrenzung von verwandten Delikten.

Herz, Lehre von der Schuldübernahme.

Horn, Schuldübernahme.

Josef, Bedarf die sogenannte kumulative Schuldübernahme der Schriftform, Deutsche Juristenzeitung 1903, S. 122.

Josef, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht, Iherings Jahrb. Bd. 48.

Kipp, Zur Lehre der Schuldübernahme, Iherings Jahrb. Bd. 36.

Kleinecke, Schuldübernahme, Erfüllungsübernahme und Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger in ihrem Verhältnis.

Mathias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Martinius, Die Form der kumulativen Schuldübernahme in Gruchots Beiträgen Bd. 49.

Neuburger, Jahrb. f. Württemb. Rechtspflege Bd. 14.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse.

Planck, BGB. II.

Puntschart, Schuld und Haftung im geltenden deutschen Recht in Goldschmidt Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht und Konkursrecht Bd. 71.

Regelsberger, Die Schuldübernahme und die §§ 414 bis 416 BGB. Iherings Jahrb. Bd. 39.

— im Archiv f. ziv. Pr. Bd. 67.

— in Endemanns Handbuch des Handelsrecht.

Reichel, Die Schuldmitübernahme.

— Reichsgerichtskommentar.

Salinger, Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme bei Kohler Arch. f. bürgerl. R. Bd. 28.

v. Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Recht.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse.

Sieber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis.

— Theorie von Schuld und Haftung.

Silbermann, Ist zur Gültigkeit der sogenannten kumulativen Schuldübernahme die Schriftform erforderlich? in Seuffert Blätter für Rechtsanwendung Bd. 68 und 70.

Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche.

v. Stempel, Forderungsübertragung und Schuldübernahme.

Strohal, Schuldübernahme.

Unger, Schuldübernahme.

Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt.

Windscheid, Pandekten.

Wüstner, Gibt es eine kumulative Schuldübernahme als Rechtsgeschäft einer Art?

Zürndorfer, Die Interzession nach dem heutigen Privatrecht, insbesondere die Form der kumulativen Schuldübernahme.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
— der Oberlandesgerichte, Mugdan und Falkmann.
Badische Rechtspraxis.
Hanseatische Gerichtszeitung.
Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 1.

Der vorliegenden Arbeit liegt ein doppelter Zweck zugrunde: es soll das in der Schrift von Schwerin „Schuld und Haftung im geltenden Recht“ jüngst wieder zur Erörterung gestellte Problem, ob diese Lehre für unser jetziges Recht praktisch verwendbar ist, innerhalb eines engumgrenzten besonderen Gebietes weiter untersucht werden; und ferner soll in dieser Abhandlung zugleich der Versuch gemacht werden, die verschiedenen Formen der Interzession unter einheitliche Gesichtspunkte zu bringen und so die Anregung zur Herausbildung eines einheitlichen Interzessionsrechtes zu bieten.

Es ist zwar wiederholt die Behauptung aufgestellt worden, so in den Motiven zum BGB. im 18. Titel des zweiten Buches, es seien besondere Bestimmungen über Interzession für das geltende Recht vollkommen entbehrlich, und man hat daran weiter die Folgerung geknüpft, dass es auch für die Wissenschaft verlorene Mühe sei, einheitliche Grundsätze darüber aufzustellen.

Diese Stelle in den Motiven lautet:

> Die Bürgschaft gehört dem weiteren Gebiet der Interzession an. Über die letztere besondere Bestimmungen in das Gesetzbuch aufzunehmen, ist jedoch entbehrlich. Derartige Vorschriften wären nur erforderlich, wenn für die Interzession die eine oder andere positive Anordnung nötig sein sollte, deren Tragweite der näheren Feststellung oder Be-

grenzung bedürfte. Diese Voraussetzung würde namentlich dann gegeben sein, sofern die Interzession der Frauen besonderen Einschränkungen zu unterwerfen wäre. Hiervon kann jedoch bei Würdigung der Rechtsentwicklung, welche die neuere Zeit für die Interzession der Frauen aufweist, nicht die Rede sein. In anderer Hinsicht ist jene Voraussetzung als zutreffend nicht anzuerkennen.

Dem ist aber nicht beizutreten. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob besondere Bestimmungen über Interzession tatsächlich entbehrlich waren oder noch entbehrlich sind. Fest steht jedenfalls, dass sich gerade an die Behandlung der Interzessionsgeschäfte in der Praxis mancherlei Streitfragen geknüpft haben, so über die abstrakte Natur der in Frage kommenden Rechtsgeschäfte, über Form-Erfordernis der kumulativen Schuldübernahme und dergleichen mehr. Mit dem Hinweis auf den Wegfall der Interzessionsbeschränkungen der Frauen ist in keiner Weise gedient; denn dadurch wird ja gerade nur der Nachweis erbracht, dass derartige Geschäfte weit häufiger sind als zu früheren Zeiten, wie es ja auch die Praxis lehrt, und dass unser Rechts- und Verkehrsleben soweit vorgeschritten ist, dass eine bestimmte Gruppe von Menschen von solchen Geschäften nicht mehr ausgeschlossen werden kann und darf, dass endlich diese Gruppe von Menschen eines solchen Schutzes vor gewagten Geschäften nicht mehr bedarf. Wenn so eine Beschränkung der Interzessionsgeschäfte nicht mehr erforderlich erschien, sie allen zugänglich wurden, so fiel damit allerdings ein Grund für die Abgrenzung dieser Geschäfte fort. Andererseits aber hätte es damit m. E. doppelt nahe gelegen, diese Geschäfte selbst, Begründung, Wirkung usw. zu regeln.

Aber davon, ob sie schon damals einer gesetzlichen Regelung bedurften oder wenigstens jetzt bedürfen, ganz abgesehen, verlohnt es sich doch allein wegen ihres häufigen Vorkommens im Verkehr und im Interesse juristischer Systematik jedenfalls für die Wissenschaft, Grundsätze festzustellen, die auf alle Interzessionsgeschäfte anwendbar sind und sie alle in ein geschlossenes System zu bringen. Um so besser, wenn nachher die Anregungen auch in der Praxis sich als brauchbar erweisen.

Es ist wohl auch lediglich deshalb der Versuch einer Aufstellung gemeinsamer Grundsätze unterblieben, weil man infolge der grossen äusseren Verschiedenheit der einzelnen Geschäfte schon von Anfang an geneigt war, einen solchen Versuch als aussichtslos anzusehen. Dass jedoch umgekehrt derselbe gerade wünschenswert ist, betont auch Reichel (Schuldmitübernahme 1909, S. 30):

> Es erscheint als eine ebenso durchführbare, als lohnende, unter Umständen sogar unerlässliche Aufgabe, das Institut der Interzession aus den verschiedenen Einzelerscheinungen, in denen es im BGB. auftritt, herauszudestillieren, gewisse gemeinsame Rechtssätze, die für alle Interzessionsarten gelten, aus den Sonderbestimmungen des Gesetzes herauszuschälen.

Zu der oben angedeuteten, sich aus der äusseren Verschiedenheit der in Frage kommenden Rechtsgeschäfte ergebenden Schwierigkeit gesellen sich noch zwei weitere. Einmal die Unklarheit, die über den Begriff der Interzession besteht. Auf ihn im folgenden näher einzugehen, ist daher unerlässlich schon aus diesem Gesichtspunkte, sodann auch deshalb, weil damit zugleich Klarheit darüber geschaffen wird, wie

weit der Kreis der zur Untersuchung zu bringenden Geschäfte zu ziehen ist. Die dritte Schwierigkeit endlich besteht besonders für die vorliegende Arbeit darin, dass die Lehre von Schuld und Haftung, die ja zur Systematisierung herangezogen werden soll, bis jetzt noch nicht vollkommen feststeht, und sich die Wissenschaft noch vielfach ablehnend dagegen verhält, wenn schon manche der früheren Gegner, darunter auch Romanisten, sich jetzt mit ihr befreundet haben, so Dernburg und Strohal[1]). Übrigens hat zuerst ein Romanist, Brinz, auf den Unterschied von Schuld und Haftung aufmerksam gemacht. Doch hiervon kann erst später die Rede sein.

§ 2.

Zunächst soll also der Begriff der Interzession festgestellt werden. Dieser ist wie erwähnt, von jeher umstritten gewesen. Schon im römischen Recht, in dem uns der Begriff zuerst entgegentritt, stand er nicht fest. Es ist dies nicht weiter seltsam, da das corpus juris civilis überhaupt vielfach auf feste Begriffsbestimmungen verzichtet und sich in der Regel damit begnügt hat, eine Reihe von praktischen Fällen zu bieten, aus denen dann die späteren Juristen sich die Begriffe rekonstruieren mussten. Wohl aber hat die Interzession schon im römischen Recht eine grosse Bedeutung gehabt infolge des senatus consultum Velleianum, nach dem jede Interzession der Frauen unwirksam sein sollte. Wie sehr die Bedeutung der Interzession damals gerade auf dem erwähnten s. c. beruhte, beweist der später aufgestellte Satz, dass alle Fälle, in denen eine Frau sich auf dieses s. c. berufen

1) Vgl. Puntschart S. 300 in Goldschmidt Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht und Konkursrecht 71, 12, 2. und 3.

könne, notwendig Interzessionsfälle seien. Daraus ergibt sich umgekehrt der seltsamerweise bisher fast nirgends gezogene Schluss, dass überall da Interzession nicht vorliegt, wo das s. c. nicht anwendbar ist. Nun wird allerdings an einigen Stellen in den Quellen[1]) intercedere mit alienam obligationem suscipere seu recipere gleichgestellt, diese Erklärung ist jedoch, wie auch Zündorfer (S. 9) mit Recht sagt, so dehnbar, dass daraus genügende Anhaltspunkte für eine genaue Begriffsbestimmung nicht gewonnen werden können. Dies zeigt sich am deutlichsten auch in den mannigfaltigen Definitionen, die sich in den Pandektenlehrbüchern, wie auch in denen des bürgerlichen Rechts finden. Da diese Abhandlung jedoch dem geltenden Recht gewidmet ist, sei aus der ersten Gruppe hier nur die Definition von Dernburg angeführt, er sagt[2]): „Interzession ist die Übernahme einer Schuld, welche uns materiell fremd ist.“ Im übrigen sei zum römischen Recht nur noch bemerkt, dass nach Deurer „über den Begriff der Interzession“[3]) damals der Grundsatz des s. c. Vell. der einzige war, der sich auf die Interzessionsgeschäfte bezog.

Dagegen seien noch einige Stellen aus den Kommentaren zum BGB. angeführt: Endemann[4]) „alle Rechtsgestaltungen, in denen ein Dritter für die Erfüllung einer ihm materiell fremden Schuld eintritt, hatte das gemeine Recht in den allgemeinen Begriff der Interzession zusammengefasst“. Man unterschied . . . Crome[5]) „dass jemand eine ihm fremde Schuld durch Vertrag mit dem Gläubiger derselben übernimmt, kommt auch

1) Z. B. l. 2 § 5; l. 8 § 1 ad s. c. Vell. 16. 1; l. 1. 16. 18. C. eod. 3. 29. 2) Pand. II § 83, 1.

3) Arch. f. ziv. Pr. 28. S. 409. 4) A. 8 § 190$_2$.

5) II § 295$_3$.

sonst (i. e. ausser bei der Bürgschaft) im Rechtssysteme vor. Man spricht hier von Interzession". Zu dieser Definition nur die eine Zwischenbemerkung: bei der Bürgschaft kann doch von einer Übernahme einer Schuld keine Rede sein, wenigstens dann nicht, wenn man mit dem allgemeinen Sprachgebrauch, dem sich auch die Wissenschaft nach Möglichkeit anschliessen soll, annimmt, dass die Übernahme einer schon vorhandenen Verpflichtung es notwendig mit sich bringt, dass diese Verpflichtung dem ursprünglich Verpflichteten abgenommen wird, dass also die Übernahme die Beziehung des Vorganges mit Beziehung auf den Übernehmer, Abnahme die Bezeichnung desselben mit Beziehung auf den früheren Verpflichteten ist. Ferner Enneccerus[1]): „Die Bürgschaft fällt unter den weiteren Begriff der Interzession, das heisst die Übernahme einer Verbindlichkeit für einen andern durch Rechtsgeschäft mit dem Gläubiger." Endlich nach Staudinger II 1 S. 456 ist Interzession jede Verpflichtung für neben oder nach dem Schuldner, im Gegensatz zur Intervention, einer freiwilligen Leistung an Schuldners Statt. Allen diesen Definitionen ist dem Sinne nach gemeinsam, einmal dass es sich um eine fremde Schuld handeln muss, sodann dass ein Dritter für diese Schuld in irgendeiner Weise auf Grund des Vertrages einstehen will. Die weitesten Definitionen sind dem Wortlaute nach wohl die von Endemann und Staudinger, andererseits geht in dem ausführenden Text Enneccerus sogar soweit, die Darlehensaufnahme oder den Abschluss eines andern obligatorischen Geschäfts für einen andern noch als Interzession zu bezeichnen.

Um diese verschiedenen Definitionen richtig wür-

1) Lehrbuch des Bürgerl. Rechts A. 4 und 5 I § 417 III.

digen zu können, muss im folgenden kurz auf den Zweck aller derartigen Geschäfte eingegangen werden. Denn da das Recht den wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechen muss, ist es zweckmässig, in erster Linie aus den wirtschaftlichen Merkmale heraus den Begriff festzustellen. Allerdings war im deutschen Recht im Anfang derselbe nicht vorhanden, sondern nur die Begriffe der Schuldübernahme und Bürgschaft, derselbe ist aber mit der Rezeption in unser Recht übergegangen und heute sind eine ganze Reihe von Rechtsinstituten vorhanden, die sich unter demselben vereinigen lassen. Der Zweck derselben besteht m. E. in erster Linie darin, einem Gläubiger in irgendeiner Form durch einen Dritten eine Sicherung zu gewähren, indem sich der Interzedent, eben dieser Dritte, für die Befriedigung des Gläubigers einsetzt, sei es durch Übernahme der Schuld in der einen oder anderen Form, durch seinen Kredit, durch Hingabe einer Sache oder sonstwie. Ob diese Sicherung des Gläubigers in dessen Interesse oder in dem des Schuldners oder gar in dem des Dritten, des Interzedenten selbst, erfolgt, ist dabei für den Charakter des Geschäfts als Interzession belanglos. Gerade aus diesem Einsetzen des eigenen Kredits, der Verstrickung eigener Sachen usw. für einen andern ergibt sich auch für den Interzedenten die grosse Gefahr derartiger Geschäfte. Nur das Gefahrmoment war auch bei den Römern der Anlass für das Verbot derartiger Geschäfte bei Frauen und eben dieses Gefahrmoment veranlasste sie dann, diese unter einem Namen zusammenzufassen. Diese Seite der Interzessionsgeschäfte soll hier nicht behandelt, vielmehr eine systematische Zusammenfassung versucht werden. Die Sicherung und das Einsetzen dafür sind also wirtschaftlich die Hauptkennzeichen aller Inter-

zessionsgeschäfte. Diese Kennzeichen müssen demnach auch in dem juristischen Begriff zum Ausdruck kommen. Ich möchte deshalb die folgende Fassung desselben vorschlagen: „Interzession ist der Eintritt eines Dritten in ein schon bestehendes oder erst zu begründendes Schuldverhältnis zwecks Sicherung des Gläubigers durch Vertrag mit dem Gläubiger oder Schuldner desselben“ oder kürzer: „Interzession ist jedes Rechtsgeschäft, bei dem ein Dritter in eine Verbindlichkeit eintritt.“

Eine ähnliche Definition wählt Zürndorfer (S. 14): „Interzession ist das Sichthaftbarmachen für die Schuld eines anderen durch Vertrag mit dem Gläubiger desselben.“ Ich habe diese Definition aus zwei Gründen nicht übernommen. Einmal ist mir die Fassung „durch Vertrag mit dem Gläubiger desselben“ zu eng, und sodann muss ich aus erst später zu erörternden Gründen den Ausdruck „Sichhaftbarmachen“ ablehnen. Aus den gleichen Gründen muss ich die Folgerung Zürndorfers zurückweisen, dass die „erste Voraussetzung für die Interzession die ist, dass der Interzedent eine Obligation eingeht, d. h. sich einem anderen verpflichten muss“.

Durch die obige Begriffsbestimmung ist das Betrachtungsgebiet schon auf ein engeres Feld begrenzt, in dem sich in der Hauptsache erstens die Schuldübernahme, zweitens die Verpfändung für fremde Schuld und drittens die Bürgschaft als Anwendungsfälle finden, von denen sich ihrerseits wieder teils vom Gesetz geregelte, teils nicht besonders geregelte Rechtsinstitute abzweigen. Zum Schluss sind dann noch verschiedene Vertragsformen zu besprechen, deren Einbeziehung in den Kreis der Interzessionsgeschäfte zweifelhaft erscheint, nämlich die Erfüllungsübernahme,

die intercessio tacita, der Garantievertrag, die Kredit-, After-, Schadlos- und Rückbürgschaft. Diese zuletzt genannten Geschäfte sollen jedoch nur anhangsweise behandelt werden, die grundlegenden Ausführungen beschränken sich auf die am häufigsten vorkommenden und für die Interzession charakteristischsten Formen derselben, nämlich die Schuldübernahme, den Schuldbeitritt, die Drittverpfändung und die Bürgschaft.

In fast allen Schriften findet man nun nach der Feststellung des Begriffes der Interzession die Einteilung der Interzessionsgeschäfte, und zwar in kumulative und privative; Reichel dagegen teilt dieselben ein in reale oder dingliche einer-, personale andererseits (S. 22); die personalen teilt er weiter ein in primäre oder selbstschuldnerische und sekundäre oder einständerische. Staudinger endlich unterscheidet, ob der Interzedent sich für, neben oder nach dem Schuldner verpflichtet. Ohne dieser Einteilung eine äussere Berechtigung irgendwie abstreiten zu wollen, möchte ich doch vorschlagen, dieselbe anders vorzunehmen und zwar auf Grundlage der Lehre von Schuld und Haftung. Da ich diese Lehre auch weiter eingehend heranziehe, ist es nötig, zunächst auf sie genauer einzugehen.

§ 3.

Hierzu will ich ausgehen von der Definition die Punschart in seinem Antwortaufsatz auf die Schrift Schwerins[1]) für das Schuldverhältnis gegeben hat:

Das vollständige Schuldverhältnis ist ein rechtliches Bestimmungsverhältnis zwischen wenig-

1) „Schuld und Haftung im geltenden deutschen Recht“ Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht von Goldschmidt 71. 12, 2 und 3 S. 307 ff.

stens zwei, durch das Sollen zu dem Zweck verbundenen Personen, dass der eine Teil, der Schuldner im engeren Sinne, eine vorzüglich vermögenswerte, oder auf Vermögenswert zurückführbare Leistung (Beschaffung eines Vermögensgegenstandes, sonstiges Tun oder Unterlassen) bewirke, welche grundsätzlich selbständig und auf sich gestellt denkbar sein muss. Beiderseits besteht rechtliches Sollen und also Schuld, hier Leisten-, dort Bekommensollen. Ausnahmsweise kann das Sollen auf einer Seite des Verhältnisses bis zu einem gewissen Grade verselbständigt werden.

Ähnlich sagt Staudinger (II S. 3):

Das Wort Schuldverhältnis umfasst . . . die Gesamtheit der auf Grund einer Schuld zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Beziehungen, also sowohl die Schuld, das Leistensollen, als auch das Bekommensollen, demnach sowohl den Anspruch als auch die Haftung für die Schuld.

Aus den angeführten Zeilen ergibt sich, von Nebenpunkten abgesehen, folgendes: zunächst, und das muss nachdrücklich betont werden, Schuld im Sinne der Haftungstheorie und Schuld in dem Begriff Schuldverhältnis sind streng voneinander zu scheiden. Im Worte Schuldverhältnis bedeutet Schuld die rechtliche Verpflichtung einer Person, des Schuldners, einer anderen, dem Gläubiger, etwas zu leisten, also eine Beziehung von zwei Personen zueinander. Dagegen bedeutet Schuld im Sinne der Haftungstheorie lediglich die rechtliche Bestimmung, das etwas soll. Von einer Beziehung zweier Personen zueinander kann also gar nicht die Rede sein. Die „Schuld“ ist von jedem persönlichen Moment insofern ganz losgelöst, als sie eine Beziehung zweier Personen zu-

einander gerade nicht voraussetzt; sie hat vielmehr durchaus einseitigen Charakter, ist von einem Gegner vollkommen unabhängig. „Sollen" im Sinne der Theorie ist nun der Ausdruck dafür, „dass durch eine Leistung zu rechter Zeit und am rechten Orte der dem objektiven Recht entsprechende Zustand hergestellt wird" [1]). Die Schuld erscheint also als ein reines Bestimmungsverhältnis, das sich als die konkrete Anwendung des abstrakten „Soll" darstellt, welches den Inhalt des betreffenden objektiven Rechtssatzes bildet. Die Schuld ist nach Puntschart zwar nicht ausschliessliche, wohl aber vorzügliche Erscheinungsform des rechtlichen Sollens und hauptsächlich durch zwei Merkmale individualisiert. Das eine Merkmal ist der Gegenstand des Sollens, eine künftige Leistung von besonderer Art. Die Leistung muss, im Gegensatz zu haftungsrechtlichen Leistungen, grundsätzlich selbständig, auf sich gestellt gedacht werden können. Das zweite Merkmal der Schuld ist eine Person als ihr Träger. Alle Schuld ist im Gegensatz zur Haftung persönlich, niemals dinglich, aber, um es nochmals zu betonen, nur einseitig persönlich.

Diese in der Schuld zum Ausdruck gebrachte rechtliche Bestimmung, oder mit Schwerin dieses Sollen, kann sich nun in zwei Richtungen äussern; einmal nämlich in der Richtung auf den Schuldner — diese Richtung ist unserer juristischen Denkweise schon seit langem geläufig — dann aber auch in der Richtung auf den Gläubiger. Das eine Sollen ist das schuldnerische Leistensollen, das andere das gläubericheBekommensollen. In erster Linie ist in der Schuld jedoch nicht das Leistensollen, sondern das

1) Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Recht S. 6; Gierke, Schuld und Haftung S. 8 ff.

gläubigerische Bekommensollen enthalten, denn es ist in der grossen Mehrzahl der Fälle dem Gläubiger gleichgültig, von wem er bekommt, wer ihm leistet[1]). Regelmässig treten nun zwar zwei inhaltlich gleiche, in der Richtung einander entgegengesetzte „Schulden", eine Gläubigerschuld und eine Schuldnerschuld zueinander in Beziehung. Das ist jedoch nicht unbedingt notwendig; vielmehr kann die Gläubigerschuld auch allein bestehen, so bei der Grundschuld. Ob dagegen eine Schuldnerschuld allein bestehen kann, ist zweifelhaft. Die Erörterung würde jedoch über den Rahmen dieser Arbeit hinausführen; man könnte vielleicht hierbei an die Auslobung denken.

Wenn nun dem Gläubiger auch die Person des Leistenden gleich ist, so ist es ihm doch nicht gleich und auch nur dem Recht gemäss, dass er überhaupt eine Leistung erhält; und da nun er und deshalb auch die Rechtsordnung damit rechnen müssen, dass die Leistung durch den Schuldner im engeren Sinne nicht erfolgt und damit auch seine Gläubigerschuld nicht erfüllt wird, so muss dem Gläubiger ein Mittel gegeben werden, womit er sich gegen diese Unsicherheit schützen kann. Denn ein Befehl zur Leistung ist in dem Sollen ja noch nicht enthalten (vgl. Schwerin S. 8). Diese Mittel hat der Gläubiger in der Haftung. Der Sicherungszweck tritt daher denn auch bei allen Definitionen der Haftung deutlich hervor. So wird sie von Puntschart (S. 307) bezeichnet als:

> die rechtliche Bestimmung einer Person oder einer Sache, eine Schuld dadurch zu sichern, dass sie

1) So auch Schwerin S. 7, Seuffert Jahresbuch d. j. G. München 1818—1901 S. 238, Strohal Jahrbuch für Dogm. 57 S. 231 ff., S. 274 ff., a. A. allerdings Punschart S. 304.

für die Schuld einsteht, bürgt, Gewährschaft leistet, pfandartig verstrickt und gebunden ist, um Ersatz zu bieten, falls die Schuld nicht oder nicht richtig erfüllt wird.

Diese Bestimmung kommt in zwei Richtungen zum Ausdruck. Zunächst und vor allem darin, dass der Gläubiger — der, der etwas bekommen soll — gegen das Haftungsobjekt eine Zugriffsmacht hat, dass er sich aus demselben befriedigen kann. Die Haftung bewirkt demnach einen Ersatz für die nicht oder nicht richtig erfolgte Leistung und dementsprechend auch für die Nichterfüllung der Gläubigerschuld. Der Gläubiger hat das Recht, an Stelle der Leistung sich an das Haftungsobjekt zu halten. Dies ist ihm aber nur möglich, wenn die Haftung schon vor dem Zeitpunkt der Leistung besteht, dergestalt dass die Person oder Sache für den Gläubiger gebunden ist. Hieraus erklärt sich die zweite, zeitlich vorangehende Richtung der Haftung, die sich in der Bindung des Objekts äussert. Zunächst ist dasselbe nur für den Gläubiger in gewisser Weise gebunden, verstrickt, verpfändet, sei es in einer nur losen oder einer minder losen, härteren Form, damit er später bei Eintritt der Bedingung, nämlich der Nichterfüllung der Schuld durch den Schuldner im engeren Sinne, seine Zugriffsmacht gegen dasselbe ausüben kann. Bei dieser Gelegenheit sei schon bemerkt, dass natürlich die Person des Schuldners im engeren Sinne und diejenige des Haftenden, bzw. des Eigentümers des verhafteten Gegenstandes oder des verhafteten Vermögenskomplexes in der Regel zusammenfallen, dass dies aber nicht etwa der Fall sein muss, wie die Fälle der Bürgschaft und Verpfändung für fremde Schuld lehren. Es sei ferner schon an dieser Stelle darauf hinge-

wiesen, dass Schuld wohl ohne Haftung bestehen kann — man vgl. dazu das Institut der Verjährung — dagegen nicht Haftung ohne Schuld, wenigstens nicht ohne die aktive Seite der Schuld, das Bekommensollen — man vgl. hierfür die Grundschuld (auch eine Verhaftung für eine Auslobungsschuld lehne ich ab); im einzelnen davon später.

Vom rein philosophischen Standpunkt aus müssen nun bei der Haftung zwei grosse Gruppen von Fällen unterschieden werden, nämlich die der Personenhaftung einer-, die der Sachhaftung andererseits. Personen wie Sachen sind als Objekte der Haftung denkbar. Das beste Beispiel einer reinen Personenhaftung ist die Vergeiselung oder die Schuldknechtschaft des alten deutschen und die missio trans Tiberim des alten römischen Rechts. Heute allerdings haben wir Fälle einer reinen Personenhaftung überhaupt nicht mehr. Denkbar wäre zwar auch jetzt noch die Verwirklichung des Gedankens der Personenhaftung in der Art, dass man für einen säumigen Schuldner, bei dem pfändbare Gegenstände nicht vorhanden sind, Arbeitszwang einführte, so dass sich dann der Gläubiger aus dem Reinerlös der Arbeit des Schuldners befriedigen könnte. Auch aus sozialpolitischen Rücksichten gerade auf den Schuldner und dessen Familie wäre dieser Gedanke vielleicht erwägenswert[1]). In dem jetzt geltenden Recht kann jedenfalls von irgendeiner Form der Personenhaftung in diesem Sinne gar nicht die Rede sein, dass etwa der Gläubiger berechtigt wäre, sich an den Körper oder die Arbeitskraft des

1) Vgl. hierzu auch Puntschart S. 308 und Hendel „Vereitelung von Zwangsvollstreckungen und ihrer Abgrenzung von verwandten Delikten“ in der Prager jur. Vierteljahresschrift N. F. XXVI 1910 S. 1 ff., besonders S. 38.

Schuldners zu halten. Wohl aber finden wir auch im geltenden Recht die Bezeichnung Personenhaftung, worunter aber, wie sofort gezeigt werden soll, in Wahrheit etwas ganz anderes zu verstehen ist.

Wir haben uns hier also nur mit der Sachhaftung zu beschäftigen, besser Gegenstandhaftung genannt; denn es sind Objekte dieser Sachhaftung nicht nur Sachen im Sinne des § 90 BGB., d. h. körperliche Gegenständ sondern auch Rechte. Diese Gegenstandshaftung zerfällt nun wieder in zwei Gruppen, einmal die Gegenstandshaftung im engeren Sinn, oder Einzelhaftung, bei der sich wieder Sach- und Rechtshaftung unterscheiden lassen, wie ich sie nennen möchte, und dann die für gewöhnlich in der Wissenschaft und Praxis so bezeichnete Personenhaftung, die in Wahrheit nichts anderes als eine besondere Art der Gegenstandshaftung ist, bei der jedoch nicht ein einzelner Gegenstand haftet, sondern ein ganzer Komplex von Sachen und Rechten, das gesamte Vermögen, daher von Gierke und anderen zweckmässig Vermögenshaftung genannt wird[1]); dagegen allerdings mit anderen Schwerin, der umgekehrt der Ansicht ist, dass im Grunde alle Vermögenshaftung nur eine Personenhaftung ist, was m. E. schon deshalb nicht richtig sein kann, weil die Sache auch nach der Veräusserung durch den Schuldner an einen Dritten weiter haftet; hier kann doch nicht wohl mehr von Personenhaftung gesprochen werden. Wohl aber ist Schwerin darin beizustimmen, dass sich die Vermögenshaftung aus der sogenannten Personenhaftung entwickelt hat, nicht dagegen die Einzelhaftung). Bemerkt sei hier noch kurz, dass die Vermögenshaftung in einer Richtung sich viel milder äussert

1) Vgl. Gierke, Schuld und Haftung S. 11 Anm. 2, S. 77 ff.

als die Einzelhaftung insofern als die Gebundenheit des Vermögens eine weit schwächere ist, als die der zum Pfand hingegebenen einzelnen Sache. Der Schuldner hat noch die Möglichkeit, einzelne Sachen durch Veräusserung dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen.

Zum Schluss dieser Erörterung sei noch auf einen Punkt hingewiesen. Schuld und Haftung sind nicht etwa in dem Masse von einander abhängig, dass eine Schuld ohne Haftung nicht denkbar wäre. Im Gegenteil. Es gibt im Rechtsleben Fälle, in denen zwar eine Schuld vorhanden ist, eine Haftung dagegen fehlt, so bei der verjährten Schuld. Dagegen gibt es umgekehrt keine Fälle einer ganz selbständigen Haftung, also wohl Schuld ohne Haftung, jedoch nicht Haftung ohne Schuld. Aber es ist nicht notwendig, dass derjenige, der haftet, zugleich auch schuldet: ein Dritter kann für die Schuld des Schuldners dem Gläubiger eine Sache verpfänden. Am deutlichsten ist der Fall der Verpfändung einer Sache durch einen Dritten für eine bereits verjährte Forderung oder der Fall der Verbürgung für fremde Schuld (Vermögenshaftung!). Endlich muss hier in Beziehung auf die Schuld noch erwähnt werden, dass nicht immer beide Richtungen der Schuld entwickelt sind, gleichwohl dann aber auch eine Haftung für die einseitige Schuld denkbar ist. Wir haben in unserem jetzigen Recht Gebilde, die sich nur dadurch erklären lassen, dass man bei ihnen annimmt, dass zwar das Bekommensollen (des Gläubigers) vorhanden ist, während das Leistensollen (eines Schuldners) fehlt. Hierhin gehört die Grundschuld. Wir haben hier ein Grundstück, das haftet, und einen Gläubiger, der aus diesem Grundssück etwas bekommen soll, dem also

das Grundstück haftet. In diesem Sinne verstanden ist auch der sonst völlig rätselhafte Satz richtig: „die Grundschuld ist eine Schuld ohne Schuldgrund", insofern als es nämlich hier an einem persönlichen Schuldner mangelt. Denn der Eigentümer des Grundstücks kann nicht als Schuldner angesehen werden, er kann nicht gut sein eigner Schuldner sein, was sonst nach §§ 1197, 1197 möglich wäre, oder umgekehrt gesehen, sein eigner Gläubiger sein Ferner bleibt das Grundstück verhaftet, auch wenn es herrenlos ist[1]). Die Grundschuld ist also der typische Fall einer schlichten Gläubigerschuld, nicht dagegen der einer Haftung ohne jede Schuld[2]).

§ 4.

Schon im Anfang war erwähnt worden, dass die in den vorhergehenden Zeilen dargestellte Lehre dazu benutzt werden sollte, eine Einteilung der Interzessionsgeschäfte unter neuen Gesichtspunkten zu ermöglichen. Interzession ist nach der früher gegebenen Definition: „der Eintritt eines Dritten in ein schon bestehendes oder erst zu begründendes Schuldverhältnis zwecks Sicherung des Gläubigers durch Vertrag mit dem Gläubiger oder Schuldner desselben" oder „jedes Rechtsgeschäft, bei dem ein Dritter in eine Verbindlichkeit oder für eine Verbindlichkeit eintritt" (aber stets in ein Schuldverhältnis). Als einfache Verdeutschung des Wortes schlage ich die Bezeichnung

---

1) Wie im Text auch Schwerin S. 16 und 17.

2) Über Literatur zu Schuld und Haftung vgl. im übrigen Schwerin S. 6 und 7; unter anderen erklären sich auch Staudinger a. a. O. und Oertmann S. 3 für die Lehre, wenn schon Oertmann sich nur zurückhaltend äussert.

„Sicherungseintritt“ vor. Dieselbe umfasst alle Fälle, nicht nur die der Schuldübernahme, und bringt auch den Zweck des Eintritts genügend zum Ausdruck. Dieser Eintritt kann sich nun in verschiedener Weise vollziehen, entweder dadurch, dass zu dem alten Schuldner ein neuer Schuldner hinzutritt, der ebenfalls leisten soll und der (ungenauer Ausdruck, besser: dessen Vermögen) ebenfalls haftet. Die Sachlage ist dann also die, dass auf der einen Seite der Gläubiger steht — der der etwas bekommen soll —, auf der anderen dagegen, auf der Schuldnerseite, stehen nach dem Eintritt zwei Personen, erstens der Urschuldner und zweitens der Hinzugetretene, der Schuldübernehmer. Diese beiden Personen schulden, sollen leisten und sie beide haften auch, d. h. ihr Vermögen. Ferner kann sich aber der Eintritt nach dem oben über Schuld und Haftung gesagten auch so vollziehen, dass der Hinzutretende nicht etwa ebenfalls leisten soll, also nicht der Schuldner wird, sondern dass nur seine oder besser seines Vermögens bzw. seines Gegenstandes Haftung zu der des Urschuldners hinzutritt. Hier ist also die Sachlage so, dass zwar wiederum auf der einen Seite der Gläubiger steht, dagegen auf der anderen auch nach dem Eintritt sich nur der Urschuldner als derjenige befindet, der etwas leisten soll, und dass nur die Haftung für das Bekommensollen des Gläubigers hier geteilt ist, indem erstens das Vermögen des Urschuldners haftet und weiter, zur Verstärkung dieser Haftung, das Vermögen — oder einzelne Sachen — des Hinzutretenden, nämlich des Bürgen oder des Drittverpfänders.

Die einzelnen Interzessionsgeschäfte sind also einzuteilen in Rechtsgeschäfte, bei denen der Hinzutretende nicht nur haftet, sondern auch schuldet, so

dass der Urschuldner und er Gesamtschuldner werden, und ferner in solche, bei denen der Interzedent nur mit haftet für die Schuld des Urschuldners, ohne selbst gleichfalls Schuldner zu sein, so dass nur eine gemeinsame Haftung, dagegen nicht Gesamtschuld der beiden gegeben ist. Zu den Geschäften der ersten Gruppe gehören die (kumalative) Schuldübernahme, die genauer als Schuldbeitritt bezeichnet wird denn eine Übernahme in dem früher ausgeführten Sinne liegt hier nicht vor, und die (eigentliche oder private) Schuldübernahme, die mit der ersten fast nur den Namen gemeinsam hat; nicht dagegen gehören hierher die Erfüllungsübernahme, der Vertrag auf Leistung an Dritte und der Garantievertrag, die im Gegensatz zu der vielfach vertretenen anderen Ansicht m. E. nicht zu den Interzessionsgeschäften zu rechnen sind, da es sich in allen diesen Fällen nicht um den Eintritt in ein schon bestehendes oder noch zu begründendes Schuldverhältnis handelt, sondern um den Fall, dass dieses durch ein neues, neben ihm stehendes Schuldverhältnis, gesichert wird, für welches nur in der Erfüllung des ersten, zu sichernden, ein besonderer Endigungsgrund gegeben ist. Zweifelhaft, aber zu bejahen ist die Zugehörigkeit der sogenannten zweigliedrigen Schuldübernahme zu dieser Gruppe. Ausserdem kann hierher noch die Aufnahme eines Darlehens im Interesse eines Dritten gerechnet werden. Auf der anderen Seite stehen die Verpfändung für fremde Schuld und die Bürgschaft. Über die Person des Interzedenten sei wegen des Gegensatzes zum früheren Recht das eine hervorgehoben, dass bei allen Arten von Interzessionsgeschäften sowohl Männer wie Frauen, sowohl physische wie juristische Personen, als Interzedenten beteiligt sein können.

§ 5.

Schuldübernahme ist nach der herrschenden Lehre, der wir uns anschliessen können, der Vertrag, durch den ein neuer Schuldner an Stelle des bisherigen Schuldners eine schon bestehende Schuld übernimmt. Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich folgendes: 1. es tritt ein neuer Schuldner in die schon bestehende Obligation ein; 2. der alte Schuldner scheidet aus der Obligation vollkommen aus; 3. die Obligation bleibt dieselbe. Weitere Folge ist: der Schuldübernehmer schuldet dem Gläubiger und haftet haftet ihm für diese Schuld mit seinem Vermögen. Auch nach dem Eintritt ist nur eine Person da, die zugleich schuldet und haftet. Diese Schuldübernahme kann sich nun aber in zwei Formen vollziehen, entweder indem der Interzedent gleich durch Vertrag mit dem Gläubiger die Schuld übernimmt, oder indem der Interzedent zunächst mit dem Urschuldner diesen Vertrag abschliesst, in welchem Falle aber vor der Wirksamkeit desselben der Gläubiger noch seine Genehmigung zu erteilen hat. Es ist nun die Frage, als was dieser Vertrag des Unternehmers mit dem Urschuldner anzusehen ist. Hier sind zwei Richtungen zu unterscheiden. Die eine Richtung folgt der sogenannten Angebots-, die andere der Genehmigungstheorie. Beide unterscheiden sich dadurch, dass nach der Auffassung der ersten auch die (privative) zweigliedrige Schuldübernahme durch Vertrag zwischen dem Urschuldner und dem Übernehmer zuletzt auf die sogenannte eingliedrige, nämlich auf die durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und Unternehmer hinausläuft, während nach der anderen bei der zweigliedrigen Schuldübernahme tatsächlich ein Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer vorliegt, der

allerdings schon nach § 185 BGB. genehmigungsbedürftig wäre als Verfügung durch einen Nichtberechtigten, ohne dass es der besonderen Bestimmung des § 415 I BGB. noch bedürfte. Schon aus dieser, allerdings m. E. unnötigen Bestimmung des Gesetzes, die sich nur als eine Hervorhebung erklären lässt, dass es sich hier um eine Verfügung eines Nichtberechtigten über ein Forderungsrecht handelt und aus diesem Grunde die Genehmigung nötig ist, ergibt sich mit hinreichender Sicherheit, dass das Gesetz sich auf den Boden der Genehmigungstheorie gestellt hat, denn bei der Angebotstheorie könnte gar keine Genehmigung erfolgen. Nach der Angebotstheorie dagegen würde die Aufforderung zur Genehmigung als Vertragsofferte zu betrachten sein[1]).

Die Schuldübernahme kann also geschlossen werden entweder durch Vertrag des Unternehmers mit dem Gläubiger, sogenannte eingliedrige, oder durch Vertrag mit dem Urschuldner, sogenannte zweigliedrige. Natürlich ist die Interzession bei der zweigliedrigen Schuldübernahme erst nach der Genehmigung durch den Gläubiger zustande gekommen. Über einen Fall gesetzlicher privativer Schuldübernahme

---

1) Der Genehmigungs-, auch Verfügungstheorie genannt, folgen: Endemann, bürgl. Recht S. 887, Enneccerus, bürgl. Recht (Schuldverhältnisse) S. 497, Horn, Schuldübernahme S. 66, Herz, Lehre von der Schuldübernahme S. 35, Kipp, in Windscheidts Pandekten S. 373, Mathias, bürgl. Recht S. 414, Oertmann, Schuldverhältnisse S. 135, Planck, BGB. II S. 195, Regelsberger Iherings Jahrbuch 39 472 ff. und Archiv f. zivilistische Praxis 67 24 ff. und Endemanns Handbuch des H. R. 535, Schollmeyer, Schuldverhältnisse S. 402, von Stempel, Forderungsübertragung und Schuldübernahme S. 30. Windscheidt, Pandekten II S. 370.

vgl. § 1967 BGB. (Haftung der Erben für die Nachlassverbindlichkeiten) vgl. ferner als besonderen Fall der privativen Schuldübernahme den § 416 BGB.

In beiden Fällen bleibt aber die Obligation ganz die gleiche. Sie steht also auch unter genau den gleichen Endigungsgründen als zuvor. Ferner stehen also der Forderung auch nach der Übernahme alle die Einreden entgegen, die schon vor der Übernahme begründet waren, wie z. B. solche aus dem die Forderung begründenden Rechtgeschäfte. Ferner kann der Interzedent natürlich auch alle Einreden aus dem der Übernahme zu Grunde liegenden Vertrage geltend machen. Nicht dagegen kann der Übernehmer Einwendungen herleiten aus dem dem Übernahmevertrage zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem alten Schuldner, aus der causa des Übernahmevertrages; dies ist eine Folge der abstrakten Natur der (privativen) Schuldübernahme, die — ganz unabhängig von ihrem Anlass — lediglich dahin geht, dass der Übernehmer an Stelle des alten Schuldners Schuldner der gleichen Schuld werden solle. So sagt auch BGB. § 417 I ausdrücklich, dass der Übernehmer dem Gläubiger die Einwendungen entgegen setzen könne, die sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Urschuldner ergeben. Nur kann er nicht mit einer dem Urschuldner zustehenden Forderung aufrechnen, da ihm das Verfügungsrecht über sie fehlt. (§ 417 I 2.) § 417 II berührt endlich nur das der Übernahme zu Grunde liegende Rechtsverhältnis, nicht dagegen den Übernahmevertrag selbst. Nur eine Folgerung aus der Natur des Übernahmenahmevertrages hat das Gesetz mit gutem Grunde nicht gezogen. Die Obligation bleibt die gleiche und deshalb müssten eigentlich auch Bürgschaften, Hypo-

theken, Pfandrechte und sonstige Vorzugsrechte bestehen bleiben; dies war jedoch nicht angängig mit Rücksicht auf die Person des Verpfänders, des Bürgen usw. Es würde anderenfalls dem Urschuldner ein Leichtes sein, durch einen Übernahmevertrag zwischen ihm und einem zweifelhaften Drittschuldner selbst frei zu werden und, da der Dritte nichts hat, so den Bürgen zu schädigen. Dem Gläubiger könnte diese Manipulation infolge der geleisteten Bürgschaft, die ja bestehen bleiben würde, gleichgültig sein. Deshalb hat das Gesetz in § 418 bestimmt, dass infolge einer Schuldübernahme die für die Forderung bestellten Pfandrechte und Bürgschaften erlöschen, und dass eine für die Forderung bestellte Hypothek auf den Eigentümer übergeht, sofern nicht der Bürge, Drittverpfänder oder Eigentümer des belasteten Grundstücks zu der Schuldübernahme seine Einwilligung erteilt. Auch ein mit der Forderung im Falle des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann im Konkurs des Übernehmers nicht geltend gemacht werden (§ 418 II). Mit Recht dehnt Enneccerus wegen der Gleichheit des wirtschaftlichen Grundes diese Bestimmungen, die nach dem Wortlaut nur für vertragsmässige Bürgen usw. gegeben worden sind, auf die gesetzmässigen Bürgen und Drittverpfänder aus.

Es sind nun aber nicht etwa alle Fälle der privativen Schuldübernahme unbedingt als solche der Interzession oder des Sicherungseintritts zu betrachten; zu diesen zählen sie nur, falls sie tatsächlich eine Sicherung des Gläubigers bezwecken; ob sie im Interesse des Gläubigers, Urschuldners oder gar Übernehmers eingegangen werden, ist dabei, wie schon erwähnt, belanglos. Zu scheiden hiervon sind aber die Fälle, in denen eine Sicherung des Gläubigers gar nicht in

der Absicht der Parteien liegt, sondern die Übernahme aus einem anderen Grunde erfolgt, z. B. zum Zweck der Erfüllung einer Schuld des Übernehmers an den Gläubiger. Zur Erläuterung diene folgender Fall, A schuldet dem B aus Darlehnsgeschäften 100 M., C schuldet dem A aus Kauf 100 M.; die Schuld des A ist fällig, A hat aber kein Geld; die Schuld des C ist noch nicht fällig; jetzt übernimmt C die Schuld des A an B und B erklärt sich damit einverstanden. Hier wird niemand mehr von einer Interzession, von einem Sicherungseintritt sprechen wollen. Hier steht aber dem C auch kein Regress nach geleisteter Zahlung gegen A zu. Dagegen ist, wenn wirklich Interzession vorliegt, auch anzunehmen, dass dem Übernehmer gegen den Urschuldner nach erfolgter Zahlung an den Gläubiger Regress zusteht, sofern eben nicht eine ausdrückliche andere Vereinbarung entgegensteht, dass z. B. die Übernahme schenkunghalber erfolgt sei; eine Form dürfte für diese schenkweise Übernahme nicht erforderlich sein, da sie als Handschenkung anzusehen ist, die gerade in der Befreiung des Urschuldners von der Verbindlichkeit besteht. Der Grund des Regressanspruches ist, wie auch bei dem Bürgen, in der ungerechtfertigten Bereicherung des Urschuldners zu finden. Es ist daher hier wie auch beim Schuldbeitritt der Analogieschluss zur Bürgschaft geboten.

Von der privativen Schuldübernahme unbedingt zu scheiden sind erstens die Erfüllungsübernahme, die im Falle der Verweigerung der Genehmigung durch den Gläubiger übrig bleibt (§ 415 III); davon am Schluss der Arbeit; zweitens die kumulative Schuldübernahme oder der Schuldbeitritt; davon im folgenden.

§ 6.

Kumulative Schuldübernahme ist ein Vertrag, durch den neben den Urschuldner ein Dritter als Schuldner in die Obligation eintritt. Der Interzedent übernimmt also eigentlich gar nicht die Schuld, denn der Urschuldner wird ja nicht frei; es ist deshalb dem üblichen Namen „kumulative Schuldübernahme" der von Westerkamp „Bürgschaft und Schuldbeitritt 1908" und ihm folgend Enneccerus, Lehrbuch 1910 vorgeschlagene klarere und kürzere Ausdruck „Schuldbeitritt" vorzuziehen. Zürndorfer bezeichnet ihn als den Fall, in dem „ein Dritter mit dem Gläubiger des eigentlichen Schuldners einen Vertrag abschliesst, wonach er neben dem letzteren für dessen Schuld haften wolle". Diese Definition erscheint mir in zwei Punkten ungenau: der Vertrag kann, ebenso wie die (privative) Schuldübernahme, auch zwischen dem Beitretenden und dem Urschuldner geschlossen werden, und vor allem: der Beitretende haftet nicht etwa nur für fremde Schuld — dann wäre eine Bürgschaft zustande gekommen —, sondern er schuldet auch, und zwar eine eigene Schuld, nicht eine fremde. Der Beitretende und der Urschuldner werden im Augenblick des Beitritts, also in der Regel nach Entstehung des Schuldverhältnisses, noch nachträglich, Gesamtschuldner im Sinne des Gesetzes. N. B. Reichel hält auch eine simultane oder gleichzeitige Schuldmitübernahme, wie er den Vertrag nennt, für zulässig; diese Form dürfte aber jedenfalls nur äusserst selten vorkommen. Dass der Schuldbeitritt im BGB. keine besondere Erwähnung gefunden hat, ist infolge des Grundsatzes der Vertragsfreiheit ganz gleichgültig, und ausserdem ist seine Existenz schon dadurch bewiesen, dass das BGB., zwar ohne die Bezeichnung zu gebrauchen, eine Reihe

von Fällen eines gesetzlichen Schuldbeitritts kennt, so in den §§ 419, 2382, 2385, ferner das HGB. in § 25 (Übernahme eines Handelsgeschäftes) und des Z.V.C. in § 814 (Haftung des Meistbietenden und des Erstehers (Zessionars oder Auftraggebers des Meistbietenden). Endlich ist auch eine besondere Regelung des Schuldbeitritts gar nicht nötig, da auf denselben die Bestimmungen über die Gesamtschuld Anwendung finden, die in diesem Falle nachträglich begründet ist; denn es schulden hier mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (§ 421 BGB.). Die Entstehung dieses Gesamtschuldverhältnisses untersteht den allgemeinen Vertragsgrundsätzen.

Während also bei der (privativen) Schuldübernahme der Urschuldner frei wird, der Übernehmer an seine Stelle tritt, wird beim Schuldbeitritt der Urschuldner nicht frei, sondern der Beitretende tritt nur die Obligation, so wie sie im Augenblick des Beitritts ist, neben ihn ein. Urschuldner und Interzedent schulden also beide und beide haften, ein jeder für seine eigene Schuld, nur mit der Massgabe, dass der Inhalt der Schuld des Interzedenten sich bestimmt nach dem Inhalt der Schuld des Urschuldners zur Zeit des Beitritts. Daraus ergeben sich wichtige Folgen Die Schuld des Interzedenten ist nach dem Beitritt unabhängig von der des Urschuldners; sie kann sich infolgedessen verändern, während die Schuld des Urschuldners sich nicht verändert und umgekehrt. Nur Verzug des Gläubigers, Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, Aufrechnung und Erlass — der letzte nur, sofern in dem Erlassvertrage die Parteien das ganze Schuldverhältnis aufheben

wollten — wirken für und gegen sowohl den Urschuldner, wie den Beigetretenen[1]). Dagegen wirken Verjährung und alle sonstigen Änderungen nur in der Person dessen, bei dem sie eintreten[2]). Nur eine Bestimmung, § 426 BGB., über das Gesamtschuldverhältnis ist meines Erachtens auf den Fall der nachträglichen Begründung desselben durch Schuldbeitritt in der Regel nicht anwendbar; man wird nicht annehmen können, dass der Urschuldner und der Beigetretene im Verhältnis zu einander zu gleichen Teilen verpflichtet sind; wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart ist, wird vielmehr stets zu vermuten sein, dass ein anderes stillschweigend bestimmt ist, das nämlich im Innenverhältnis der Urschuldner allein Schuldner sein soll und der Beitritt nur den Zweck der Sicherung des Gläubigers verfolgt. Allerdings ist bei der durch Schuldbeitritt zustande gekommenen Gesamtschuld auch im Falle des § 425 BGB. stets besonders genau zu prüfen, ob nicht „sich aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt"; dies wird gerade hier besonders oft zutreffen.

Daraus, dass in der Regel im Innenverhältnis der Beigetretene sich nicht als Schuldner betrachtet wissen will, sofern er eben nicht, ähnlich wie bei der (privativen) Schuldübernahme, hier dem Schuldverhältnisse nur beigetreten ist, um eine Verpflichtung gegen den Urschuldner zu erfüllen, ergibt sich weiter auch die Antwort auf die Frage nach den Regressansprüchen des Interzedenten nach Befriedigung des Gläubigers. Auch hier ist, sofern der Beitritt nicht ausdrücklich einen anderen Zweck als die Sicherung des Gläubigers verfolgt, dem Beigetretenen analog zur Bürgschaft ein

1) Vgl. §§ 424, 422, 423 BGB. 2) § 425.

Regress gegen den Urschuldner zu gewähren, sobald er die Schuld gegen den Gläubiger getilgt hat, wegen der ungerechtfertigten Bereicherung des Urschuldners.

Im Gegensatz zur (privativen) Schuldübernahme ist der Schuldbeitritt zwar in der Regel, aber nicht notwendig abstrakt; dies ist vielmehr dem Parteiwillen überlassen, und demgemäss gestalten sich auch die Folgen verschieden, ob der Beitretende Einwendungen aus dem dem Beitritt eventuell zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Urschuldner herleiten kann oder nicht — natürlich kann sowohl die Schuldübernahme wie auch der Schuldbeitritt auch in dem Rechtsverhältnis zwischen Übernehmer und Gläubiger seine causa haben. Zwar behauptet Zürndorfer[1]), der Schuldbeitritt sei abstrakt; dieser Ansicht gegenüber wird aber mit Recht von Kleinecke[2]), Rehbein[3]) u. a. geltend gemacht, dass der Schuldbeitritt durch Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer nichts anderes als ein Versprechen der Leistung an einen Dritten sei. Hier kann nach § 334 der Übernehmer dem Dritten gegenüber Einwendungen aus der causa geltend machen, dagegen nicht bei der Übernahme durch Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer. Der Beitritt ist also in der ersten Form regelmässig kausal, in der zweiten dagegen abstrakt. Im übrigen ist über die dem Beigetretenen zustehenden Einreden nur noch zu bemerken, dass ihm solche gegeben sind, soweit sie entweder schon aus der Zeit vor dem Beitritt her-

1) S. 31.
2) S. 20, Kipp in Windscheidts Pandekten II S. 375.
3) Das Bürgerl. Gesetzbuch mit Erl. II S. 406.
4) Kleinecke S. 20.

rühren, die Forderung des Gläubigers also schon damals mit der Einrede behaftet war, oder soweit sie zwischen dem Beigetretenen und dem Gläubiger entstanden sind, z. B. Aufrechnung mit einer Forderung des Beigetretenen, oder endlich, soweit sie sich aus den §§ 422 bis 424 BGB. ergeben, vergleiche oben.

Auch die Anfechtungseinrede dürfte dem Beigetretenen so gut wie dem Übernehmer zu gewähren sein. Brattig bestreitet allerdings die Zulässigkeit der Anfechtungseinrede für den Übernehmer mit der Begründung, das Anfechtungsrecht sei höchst persönlich und könne daher nur von dem geltend gemacht werden, der die Willenserklärung abgegeben habe. Dem sei nur erwidert, dass der Beitretende doch voll und ganz in die Stellung des Urschuldners mit allen Vorzügen und Schwächen eintritt, dass ferner die Begründung auch auf den befreienden Übernehmer zutrifft, bei dem die Härte noch grösser und ungerechter wäre; jedenfalls muss dann aber durch Gewährung der aufschiebenden Einrede analog zu § 770 I ein Ausgleich geschaffen werden.

Bürgschaften, Hypotheken, Pfandrechte und sonstige Vorzugsrechte bleiben bestehen, jedenfalls bezüglich der Forderung des Gläubigers an den Urschuldner; ob sie dagegen auch für die Forderung des Gläubigers gegen den Beigetretenen haften, dürfte, sofern nicht der Bürge, Drittverpfänder usw. seine Einwilligung gibt, aus den gleichen Gründen wie bei der Übernahme zu verneinen sein, da dieselben nur für die Person des Urschuldners sich verbürgt haben usw. Ein anderes ist es, wenn nach dem Beitrittt sich noch jemand verbürgt oder eine Sache verpfändet; hier sind alle drei Möglichkeiten gegeben; er kann es getan haben für den Urschuldner allein, für diesen und den

Beigetretenen oder nur für den letztern. Der Gläubiger hat es also, ausser wenn dieser sich für beide verbürgt hat, stets in der Hand, sich an denjenigen zu halten, für den Bürgschaft geleistet oder ein Pfand bestellt ist, oder an den anderen.

Ehe wir zu den anderen Interzessionsformen übergehen, ist noch einiges über die Form des Schuldbeitritts zu sagen. Er kann genau wie die Schuldübernahme sich entweder durch Vertrag zwischen dem Interzedenten und dem Gläubiger oder durch einen solchen zwischen dem Interzedenten und dem Urschuldner vollziehen. Es fragt sich nun, ob der in der zweiten Form geschlossene Vertrag wie die Schuldübernahme der Genehmigung des Gläubigers bedarf. Diese Frage ist zu verneinen; Genehmigung wäre nur dann erforderlich, wenn in diesem Vertrage eine Verfügung über ein Recht des Gläubigers läge; eine solche Verfügung ist aber darin nicht enthalten, da der Interzedent nicht an Stelle, sondern nur neben den Urschuldner tritt und da ausserdem der Gläubiger ja, weil es sich bei dieser Form nur um einen Vertrag zugunsten eines Dritten handelt, in dem der Dritte (Gläubiger) selbst berechtigt wird, in der Lage ist, das daraus gewonnene Recht zurückzuweisen, so dass dann wieder der Urschuldner allein schuldet und haftet [1]). Diese Form des Schuldbeitritts durch Vertrag des Beitretenden mit dem Urschuldner zugunsten des Gläubigers kann auch nur deshalb zu den Interzessionsgeschäften gerechnet werden, weil durch diesen Vertrag der Interzedent dem Gläubiger unmittelbar

1) So auch Kleinecke „Schuldübernahme, Erfüllungsübernahme und Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger in ihrem Verhältnis“ S. 19 ff.

verpflichtet, der Gläubiger selbst unmittelbar berechtigt wird, und zwar zur Forderung genau der gleichen Schuld, die auch der Urschuldner schuldet, indem aus dem einfachen zwischen ihm und dem Urschuldner bestehenden Schuldverhältnis durch den Eintritt ein Gesamtschuldverhältnis wird.

Ist doch das Gesamtschuldverhältnis nichts anderes als eine Mehrheit von gleichartigen Schuldverhältnissen, die durch die Identität des Leistungszweckes miteinander verbunden sind. Man vergleiche hierzu schon Papinian: „etsi maxime parem causam suscipiunt, nihilominus in cuiusque persona propria consistit obligatio“ [1]) und gerade auf den Leistungszweck kommt es für die Beurteilung als Geschäft des Sicherungseintritts an, wie schon früher hervorgehoben wurde. Allerdings scheint mir dieser Leistungszweck, mit dessen Identität viele die juristische Natur der Gesamtschuld zu erklären suchen, gleichbedeutend zu sein mit dem, was die Lehre von Schuld und Haftung unter dem Bekommensollen des Gläubigers im Gegensatz zu dem Leistensollen des Schuldners versteht. Es ist nur eine Person vorhanden, die etwas bekommen soll, aber zwei, die etwas leisten sollen. Ähnlich ist die Sachlage bei der Schuldübernahme, nur dass dort dieser Inhalt des zwischen Urschuldner und Übernehmer geschlossenen Vertrages — dass der Interzedent dem Gläubiger unmittelbar verpflichtet, der Gläubiger unmittelbar berechtigt wird — weit stärker hervortritt und deshalb keiner besonderen Erwähnung bedurfte. Insoweit möglicherweise der Interzedent dem Urschuldner verpflichtet wird,

---

1) 9, 2 D 45, 1.

kann natürlich von einer Interzession keine Rede sein[1]).

Für Schuldbeitritt durch Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer sind u. a. Cosack[2]), Heidenheimer[3]) und Rehbein[4]); dagegen Crome[5]), Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. Über die namentlich früher von vielen geforderte schriftliche Form des Schuldbeitritts soll im Zusammenhang mit der Bürgschaft gesprochen werden.

§ 7.

Wir wollen nun zu den Interzessionsgeschäften übergehen, durch die nur eine Haftung des Interzedenten begründet wird, ohne dass derselbe auch schuldet, zur Verpfändung für fremde Schuld und zur Bürgschaft. Verpfändung ist dasjenige Rechtsgeschäft, durch das der Eigentümer eines Gegenstandes einem anderen die Berechtigung einräumt, aus diesem Gegenstand eine Geldsumme zu entnehmen. In dieser Definition soll folgendes zum Ausdruck gebracht werden: Es können nicht nur Sachen, d. h. körperliche Gegenstände verpfändet werden, sondern auch Rechte. Diese Verpfändung kann erfolgen entweder zur Sicherung einer Leistung (ich sage mit Absicht nicht „einer Forderung", denn in dem Worte Forderung überwiegt für die übliche Auffassung noch zu sehr das Moment des gläubigerischen Bekommensollen). Oder sie kann auch geschehen, ohne dass irgendeine Leistungspflicht, eine Schuld, vorhanden ist, indem nur das Bekommensollen des Gläubigers ausgebildet ist, während es an

1) Vgl. hierzu die Ausführungen am Schluss der Arbeit über die von der Interzession zu scheidenden Verträge: Erfüllungsübernahme, Garantievertrag u. a. 2) S. 319.
3) S. 25. 4) S. 416. 5) 2 S. 354.

dem Leistensollen eines Schuldners fehlt, so bei der Grundschuld (vgl. auch früher). Endlich, der Verpfänder ist nicht etwa Schuldner, sondern es haftet lediglich ein ihm gehöriger Gegenstand. Dass er daneben, sofern er für eigene Schuld verpfändet hat, zugleich auch Schuldner sein kann, hat hiermit nichts zu tun. Diese Verpfändung kann nun, sofern sie überhaupt für eine Schuld geschieht, entweder für eine Schuld des Eigentümers, bzw. des an dem zu verpfändenden Recht berechtigten erfolgen, oder für eine Schuld eines an dem Rechtsakte unmittelbar nicht beteiligten Dritten, so dass diesem Dritten die Berechtigung der Entnahme der Summe aus dem Gegenstande oder aus dessen Erlös zusteht. Von diesem Falle soll hier allein die Rede sein.

Die Verpfändung für die Schuld eines Dritten kann im Gegensatz zu den bisher behandelten Interzessionsgeschäften nur zwischen dem Interzedenten und dem Gläubiger zustande kommen, nicht auch zwischen dem Interzedenten und dem Schuldner. Rein äusserlich betrachtet, liesse sich ja auch die zweite Form denken, ihre Durchführbarkeit scheitert aber an der mit Rücksicht auf die notwendige Publizität des Pfandrechts geschaffenen Vorschrift des § 1205 BGB., nach welcher Übergabe der Sache an den Pfandgläubiger zur Entstehung des Pfandrechts erforderlich ist. Bei dieser Übergabe wird allerdings Stellvertretung für den Pfandgläubiger im allgemeinen zugelassen. Dagegen ist eine Stellvertretung durch den Eigentümer auch dann unzulässig, wenn § 181 BGB. nicht entgegensteht; dieser Fall der Verpfändung durch den Eigentümer und Schuldner wird im RGK. zu § 1205 Anm. 4 erwähnt. Ihm gleich liegt der Fall, wenn ein Dritter verpfänden würde durch Übertragung

des Besitzes an den Schuldner als Stellvertreter des Gläubigers; auch hier wird eine solche Stellvertretung entsprechend dem Willen und Zweck des Gesetzes als unzulässig erachtet werden müssen. Auch in dieser Form ist also die Verpfändung für die Schuld eines Dritten durch Vertrag mit dem Schuldner unmöglich.

Aus dieser Verpfändung ist entsprechend den früheren Ausführungen der verstrickte Gegenstand für den Gläubiger gebunden, er haftet ihm. Wofür haftet er ihm nun? Genau wie bei den anderen Geschäften des Sicherungseintritts für die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner in ihrem Bestande zur Zeit der Verpfändung mit der Massgabe, dass von diesem Zeitpunkt ab auch für den Umfang der Haftung der verpfändeten Sache die natürliche Entwicklung der Forderung, z. B. durch Abzahlungen, durch Vermehrung durch rückständige Zinsen entscheidend ist, dass aber im Gegensatz zu den früher erörterten Geschäften des Sicherungseintritts das Pfand kraft Gesetzes auch haftet für verfallene Vertragsstrafen. Während also bei der ersten Gruppe der Interzessionsgeschäfte der Interzedent eine Vertragsstrafe nur schuldet, sofern sie auch für ihn besonders ausbedungen worden ist, haftet umgekehrt der Drittverpfänder für eine Vertragsstrafe kraft Gesetzes, sofern diese Haftung nicht besonders ausgeschlossen worden ist. Eine vertragliche Erweiterung der Schuld endlich trifft den Verpfänder ebensowenig wie den Schuldübernehmer und den Beigetretenen (§ 1210 I_1 und I_2).

Auch hinsichtlich der Einreden ist die Lage des Verpfänders die gleiche wie die des Schuldübernehmers und des Beigetretenen. Zunächst stehen ihm alle Einreden zu, die dem persönlichen Schuldner gegen

die Forderung zustehen (§ 1211 I_1). Ferner hat der Drittverpfänder nach § 1211 I_1 in Verbindung mit § 770 eine aufschiebende Einrede, wenn der Schuldner das der Schuld zugrunde liegende Rechtsgeschäft anfechten oder wenn der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Auch den Schuldinterzedenten, wie ich die der ersten Gruppe nennen möchte gegenüber den Haftungsinterzedenten der zweiten, ist die Einrede der Aufrechnung selbst genommen; die aufschiebende Einrede in diesem Falle wird ihnen ebenfalls nicht gewährt werden können. Denn für dieselbe ist bei der Möglichkeit, die Schuld anzufechten, überhaupt kein Raum mehr, da ja ihnen selbst das Anfechtungsrecht unmittelbar zusteht. Einreden aus dem Verpfändungsgeschäft stehen natürlich dem Drittverpfänder ebenso zur Seite, wie dem Schuldübernehmer und dem Beigetretenen aus dem Übernahme-, bzw. aus dem Beitrittsvertrage. Dagegen sind ihm Einwendungen aus der der Verpfändung zugrunde liegenden causa versagt, da der Vertrag ja nur mit dem Gläubiger geschlossen werden kann. Die Verpfändung für die Schuld eines Dritten ist also abstrakt, sofern nicht die causa in dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und Verpfänder zu suchen ist.

Regress gegen den Schuldner steht dem Drittverpfänder schon auf Grund der Vorschrift des § 1225 BGB. zu; der Grund für die Vorschrift ist hier der gleiche wie bei den früher behandelten Verträgen: die ungerechtfertigte Bereicherung, die dem Schuldner aus der Befreiung von seiner Verbindlichkeit gegen den Gläubiger erwachsen würde. Bürgschaften sowie sonstige Pfand- und Vorzugsrechte bleiben natürlich

hier bestehen; es handelt sich bei der Verpfändung durch einen Dritten nicht darum, dass ein neuer Schuldner ein- oder hinzutritt, für dessen Schuld alsdann die Bürgschaft usw. bestehen würde, sondern nur darum, dass neben ein bestehendes Pfandrecht und dergleichen ein weiteres tritt, durch das der Erstverpfänder, Bürge in keiner Weise betroffen wird, höchstens zu dessen Gunsten, insofern als z. B. möglicherweise dem einen Drittverpfänder gegen den anderen noch ein teilweiser Regressanspruch zustehen würde. Was endlich die Endigungsgründe des Pfandrechts anlangt, so sind diese zunächst diejenigen der gesicherten Forderung, wie Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt, und unverschuldeter Untergang der geschuldeten Sache usw., sodann wiederum die besonderen, die sich aus dem Rechtsgeschäft, hier der Verpfändung, selbst ergeben, wie Zeitablauf oder unverschuldeter Untergang des verpfändeten Gegenstandes. Der Pflicht des Übernehmers bzw. des Beigetretenen, die Verpflichtung gegen den Gläubiger zu erfüllen, entspricht beim Drittverpfänder ein Recht auf Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners gegen Rückgabe des Pfandgegenstandes (§ 1223_2), da der Drittverpfänder nicht selbst Schuldner ist, übrigens auch nicht, wie es bisweilen so unklar heisst, Pfandgläubiger. Allerdings würde dieses Recht dem Drittverpfänder schon auf Grund der Bestimmung des § 267 zustehen, er unterscheidet sich jedoch von diesem beliebigen Dritten des beigezogenen Paragraphen durch sein auf Grund der Befriedigung des Pfandgläubigers ihm kraft Gesetzes zustehendes Regressrecht, während an sich dem Dritten höchstens ein Anspruch aus einer ungerechtfertigten Bereicherung des Schuldners gegeben sein könnte.

§ 8.

Wir kommen nunmehr zum letzten und schwierigsten Punkt unserer Erörterungen, zur Untersuchung des Wesens der Bürgschaft. Es mag hier kurz eine Bemerkung vorausgeschickt werden über das Wesen der Haftung des Schuldners. Im Schuldverhältnis ist nach der von uns zugrunde gelegten Lehre von Schuld und Haftung stets oder doch in der Regel jemand da, der schuldet und ebenso in der Regel jemand, der (etwas, das) haftet. Diese beiden, d. h. der der schuldet und der, dessen Gegenstand bzw. dessen Vermögen haftet, sind nun meist in einer Person vereint. Die Haftung des Vermögens des Schuldners ist allerdings eine weit schwächere als die des einzelnen verhafteten Gegenstandes, wenigstens hinsichtlich der einen Richtung der Haftung, nämlich der Gebundenheit des Gegenstandes. Der Schuldner ist noch in der Lage, die einzelnen Vermögensstücke zu veräussern, ja sogar sein Vermögen zu verschleudern — wennschon vielleicht in Wirklichkeit, aber für den Gläubiger schwer nachweisbar, nur zum Schein. Zum Ausdruck kommt hier die Gebundenheit erst im Falle der Klage, Pfändung, Versteigerungseinleitung. Wir haben also insofern zwei Formen zu unterscheiden, in denen die Haftung sich äussern kann, die eine, bei der die Gebundenheit des Gegenstandes vom Augenblick der Verhaftung an offen zutage tritt, indem er jedem Einfluss durch den Eigentümer (Verpfänder) entzogen wird, und die zweite, weniger scharfe Form, die aber weit häufiger ist, wenn schon sie infolge ihres regelmässigen Zusammenfallens hinsichtlich der Person weit weniger hervortritt. Diese zweite Form ist die des gewöhnlichen Schuldverhältnisses. In diesem kann sie hervortreten entweder in der Person des persön-

lichen Schuldners, sodann aber auch in der eines Dritten, der, ohne Schuldner zu sein, doch in das Schuldverhältnis eintritt, ähnlich wie derjenige, der nur einen einzelnen Gegenstand für die Schuld verhaftet, zum Pfande gibt, eben in der Person des Bürgen. Es sind dann also zwei Personen vorhanden, die (deren Vermögen) nebeneinander haften. Da jedoch diese zweite, leichtere Form der Haftung erst zum Ausdruck kommt, nachdem derjenige, welcher schuldet, verklagt usw. werden kann, nachdem also die Schuld fällig geworden ist, kann auch der zweite, der Bürge, dessen Vermögen in gleicher Weise verhaftet ist, erst in Anspruch genommen werden, nachdem diese Voraussetzung gegeben worden ist. Die sogenannte selbstschuldnerische Bürgschaft ist also diejenige Erscheinungsart der Bürgschaft, die ihrer juristischen Natur im Lichte der Lehre von Schuld und Haftung am genauesten entspricht. Die vom Gesetze als Norm geregelte Erscheinungsart dagegen ist eine Milderung dieser ersten, dergestalt, dass die Haftung des Bürgen nur dann sich äussern kann, wenn noch besondere Voraussetzungen (fruchtloser Versuch einer Zwangsvollstreckung) hinzutreten. Es mag hier noch zur Erläuterung der voraufgehenden Darlegungen kurz darauf hingewiesen werden, dass in dem Schuldverhältnis wie es vom Gesetz aufgefasst wird die Gesamtheit der Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner enthalten sind, sowohl die aus der „Schuld“ sich ergebenden, wie auch die, die aus der Haftung entspringen.

In jedem Falle wird also nicht ein neues Schuldverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen, bzw. dem Verpfänder, begründet, sondern der Bürge oder Verpfänder tritt in ein schon bestehendes Schuld-

verhältnis dergestalt ein, dass nur eine neue Haftung des Vermögens oder der einzelnen Sache zu der — in der Regel — schon bestehenden Haftung hinzu geschaffen wird.

Die hier vertretene Auffassung von der Bürgschaft kommt in der Literatur nur ganz vereinzelt zum Ausdruck und ist bisher starkem Widerspruch begegnet. Unzweideutig in demselben Sinne ausgesprochen hat sich eigentlich nur Isay[1]). Ihn zitiert wiederholt, allem Anschein nach im Ergebnis gleicher Ansicht, Schwerin[2]). Isay stellt unter denselben Gesichtspunkt, meines Erachtens mit Recht, auch die Haftung des Vermieters, der ein Grundstück veräussert, für den Schaden, der dem Mieter dadurch erwächst, dass der Erwerber seinen Verpflichtungen aus dem Mietvertrage nicht nachkommt (§ 571_2 BGB.), sodann die Haftung des Kreditmandanten (§ 778 BGB.), endlich die Delkrederehaftung des Kommissionärs (§ 394 BGB.). Sie alle schulden nicht, wohl aber haften sie, und sie alle haften sogar kraft Gesetzes ohne die Einrede der Vorausklage. Besonders klar tritt das Fehlen einer Schuldnerschuld im letzten Falle hervor. Der gleichen Ansicht sind ferner noch Dümchen[3]) und Puntschart[4]), der das Problem noch besonders zu behandeln gedenkt. Den Gedanken einer reinen Haftung des Bürgen vertritt allem Anschein nach, wenn auch nicht klar, auch Salinger[5]). Anderer Ansicht

---

1) „Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht.“ Vortrag, gehalten vor der juristischen Gesellschaft zu Berlin am 25. Juni 1904, abgedruckt Iherings Jahrbuch 1904 II 12 S. 187 ff. 2) S. 31 ff.

3) Jahrbuch für Dogmatik, Band 54 S. 355 ff.

4) S. 321. 5) S. 82.

über die Bürgschaft sind Strohal[1]), Brinz[2]), Siber[3]), Gierke[4]), Reichel[5]), endlich noch Örtmann[6]). Von ihnen bestreitet Reichel die Richtigkeit unserer Auffassung lediglich vom Standpunkt des BGB. aus mit der Begründung, BGB. § 765 sage ausdrücklich, „durch den Bürgschaftsvertrag verpflichte sich der Bürge, ... einzustehen". Darauf möchte ich nur kurz erwidern, zunächst: in der Legaldefinition heisst es nicht, er verpflichtet sich, zu schulden, oder schlechthin er verpflichtet sich, sondern gerade, er verpflichtet sich, einzustehen; auf dem letzten liegt doch wohl der Nachdruck; der Ausdruck verpflichtet sich ist nur insofern — lediglich im Sinne unserer Auffassung — ungenau, als in dem Vertrage der Bürge meines Erachtens sich nicht nur verpflichtet, einzustehen, sondern unmittelbar seine Haftung einwirft, sofort sein Vermögen (sich) verhaftet. Sodann aber: das BGB. verwertet den Unterschied von Schuld und Haftung überhaupt nicht, er ist dem Gesetze völlig fremd; vergleiche hierzu u. a. § 1967_1: „der Erbe haftet für die Nachlassverbindlichkeiten", während er nach unbestrittener Ansicht gesetzlicher privater Schuldübernehmer ist, kurz gesagt, während er in Wirklichkeit auch schuldet. Ich muss mir im Rahmen dieser Arbeit versagen, weiter auf diese Streitfragen einzugehen, da es sich hier für mich nur um die Stellung der Bürgschaft im System der Interzessionsgeschäfte handelt. Nur ein Punkt sei als immerhin von Interesse noch gestreift. Die Gegner unserer Auffassung be-

1) „Schuldübernahme" S. 59 ff.
2) Im Göttingschen Gel. Anz. S. 521.
3) „Theorie von Schuld und Haftung" S. 108.
4) S. 106 Anm. 29. 5) „Schuldmitübernahme" S. 68 ff.
6) Schuldverhältnisse Vorbemerkung S. 4.

streiten fast allgemein nicht, dass der Bürge nicht Schuldner der Hauptschuld sein kann. Sie greifen deshalb zu einem Ausweg und sagen, er sei Schuldner einer eigenen Schuld, die eben in der Verpflichtung des Einstehens für die Schuld des Hauptschuldners bestehe. Ich halte diese Konstruktion zum mindesten für sehr künstlich. Auch die wiederholte gesetzliche — und sich aus dem Wesen der Bürgschaft vollauf rechtfertigende — Gleichstellung derselben mit dem Pfandrecht, nicht mit der Verpfändung, dürfte für unsere Auffassung sprechen[1]).

Allgemein wird übrigens in der Literatur die Haftung nur als eine solche für eine Gläubigerschuld, nicht für eine Schuldnerschuld betrachtet. Man wird ebensogut das Gegenteil sagen können; das richtigste dürfte sein, sie als Haftung für die Schuld sowohl auf ihre Passiv- wie Aktivseite anzusehen.

Hiermit sei die Erörterung über das Wesen der Bürgschaft geschlossen. Wir wollen jetzt nur noch kurz ihre Form, den Inhalt und ihre Endigungsgründe prüfen. Wie die Pfandbestellung ist auch die Eingehung einer Bürgschaft nur durch Vertrag zwischen Bürgen und Gläubiger, nicht zwischen Bürgen und Hauptschuldner möglich. In dieser letzten Form kann höchstens ein Schuldbeitritt gesehen werden; eine Genehmigung des Gläubigers wäre nicht erforderlich. Einer direkten Vertretung des Gläubigers durch den Schuldner beim Abschluss des Vertrages dürfte allerdings im Gegensatz zum Pfandrecht nichts im Wege sein, wobei es sich juristisch aber immer um einen Vertrag zwischen Gläubiger und Bürgen handeln würde. Im übrigen ist aus praktischen Gründen noch

1) Vgl. z. B. §§ 1225, 774.

die Vorschrift des § 766 eingefügt, wonach die Verbürgungserklärung der Schriftlichkeit bedarf, Mangel der Form aber bei Erfüllung der Hauptverbindlichkeit geheilt wird. Ich sage absichtlich mit dem Gesetze „Erfüllung der Hauptverbindlichkeit“ und nicht „Erfüllung der Bürgschaft“, da mit dieser Erfüllung der Hauptverbindlichkeit eben dem Bürgen nur die Möglichkeit gegeben ist, die aus seiner Bürgenhaftung sich ergebenden Folgen von sich abzuwenden.

Dieses Formerfordernis darf nicht auf den Schuldbeitritt ausgedehnt werden, wie es früher vielfach Literatur und Rechtsprechung forderten. Bürgschaft und Schuldbeitritt sind, wie dargelegt ist, zwei ganz verschiedene Institute — der Bürge haftet nur, der Beitretende schuldet auch; — und ausserdem darf eine Ausnahmevorschrift, als welche sich nach heutigem Recht jede Formvorschrift darstellt, nicht durch Analogieschluss auf andere Vertragsarten ausgedehnt werden. Heute ist denn auch die Mehrzahl in der Literatur und ebenso allmählich die Rechtsprechung von dieser Forderung abgekommen. Literatur über die Formfrage findet sich bei Heidenheimer[1]) mit eingehender Würdigung derselben, dgl. bei Wüstner[2]). Nur zwei Ansichten seien noch kurz erwähnt. Wüstner kommt zu dem Ergebnis, „dass wir in allen Punkten, in denen man von einer kumulativen Schuldübernahme spricht, auf einen, dem BGB. bekannten Vertrag stossen, und dass die kumulative Schuldübernahme kein eigenartiges, selbständiges Rechtsgeschäft ist.“ . . . „Wir werden finden, dass ein Kauf, eine Miete, eine Bürgschaft, ein Kreditauf-

1) S. 26 ff. 2) S. 12 ff.

trag usw. vorliegen kann.“ Auch die Form richtet sich dann nach dem jeweils gewollten Vertrage. Zürndorfer dagegen [1]) behauptet als Ergebnis zwei Arten von Beitritt, im eigenen Interesse und bürgschaftshalber. Erstere sei formfrei, da im Ergebnis verwandt der Übernahme, letztere formbedürftig, da im Ergebnis fast gleich der selbstschuldnerischen Bürgschaft. Er schliesst sich damit der Ansicht an, die in den letzten Entscheidungen des RG. zum Ausdruck kommt [2]). Dem ist zu entgegnen, dass bei beiden Arten doch der Gläubiger auch berechtigt ist, sich an den ursprünglichen Alleinschuldner zu halten, und insbesondere bezüglich der Schriftform, das was schon früher erwähnt ist; dass der Beitritt in seinem wirtschaftlichen Ergebnis der Bürgschaft vielfach fast gleichkommt, ist hierfür nicht von Bedeutung.

Über den Inhalt der Bürgenhaftung gilt, abgesehen von dem oben über die Haftung Gesagten, genau das gleiche, wie über den der Haftung des Drittverpfänders; er haftet für die Schuld in ihrem jeweiligen Bestande, mit Ausnahme der auf Grund Vertrages zwischen Schuldner und Gläubiger entstehenden Erweiterung der Schuld (§ 767). Das gleiche gilt auch von den Einreden des Bürgen (§§ 768, 770, 1211). Er hat die Einreden des Hauptschuldners, verliert sie nicht durch dessen Verzicht und hat die aufschiebenden Einreden im Falle der Anfechtungs- und Aufrechnungsmöglichkeit bei der Hauptschuld. Mehrere Bürgen haften endlich als Gesamtschuldner, genau wie jedes Pfand für die ganze Forderung haftet (§§ 769, 122). Ferner ist die Bürgschaft wie die Ver-

1) S. 46.

2) Vgl. RGE. 51, 121 ff. 59, 233 ff. 64, 319 ff. 71, 116 ff.

pfändung abstrakt, Einreden aus der causa sind dem Bürgen versagt, sofern sie nicht in dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Gläubiger zu finden ist.

Ebenso ist über die Endigungsgründe der Bürgenhaftung nur dasselbe wie bei der Gegenstandhaftung zu bemerken. Sie sind zunächst die gleichen wie die des Schuldverhältnisses überhaupt und hinzu treten wieder als besondere Zeitablauf oder auflösende Bedingung, nicht dagegen der dem Untergang der Pfandsache entsprechende Tod des Bürgen. Dieser ist vielmehr kein Endigungsgrund; das Vermögen des Bürgen haftet auch in der Hand seines Erben. Der Leistungspflicht des Schuldners entspricht endlich wie bei der Sachhaftung ein Leistungsrecht des Bürgen unter gesetzlichem Übergang der Forderung des Gläubigers auf den Bürgen (§ 774 arg).

Von vielen[1]) wird behauptet, die Bürgschaft könne nur für eine vollkommene Verbindlichkeit eingegangen werden. Dies trifft nicht zu. Sie ist ebensowohl auch für unvollkommene Verbindlichkeiten, z. B. verjährte Forderungen oder solche aus Spiel und Wette zulässig. Für jede Schuld wird interzediert, also auch verbürgt, nicht nur für jede Haftung. Genau das gleiche gilt auch von der Pfandbestellung für fremde Schuld.

Zum Schluss dieses Abschnitts soll noch kurz auf die Frage eingegangen werden, wann Bürgschaft, wann Schuldbeitritt gewollt sind. Hierfür werden wichtige Anhaltspunkte in den obenerwähnten RG.-Entscheidungen und bei Wolf[2]) gegeben. Früher war allerdings das RG. mit einem grossen Teil der

1) So Siber Rechtszwang S. 63, Heidenheimer S. 50, Dernburg II S. 19 § 3 II. 2) S. 91.

Literatur der Ansicht, dass es eine besondere kumulative Schuldübernahme überhaupt nicht gäbe. So sagt das RG. in der Entscheidung Bd. 51 S. 122 noch: „Die genannte kumulative Schuldübernahme dagegen ist ein Geschäft ganz andrer Art, das seiner materiellen Wirkung nach jedenfalls die grösste Ähnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft hat, so dass die legislativen Erwägungen, welche zur Vorschrift der Schriftform für die Bürgschaft in § 766 BGB. geführt haben, auch für die sogenannte kumulative Schuldübernahme völlig zutreffen.“ Auch in Bd. 59 S. 233 spricht sich das RG. noch dahin aus, „dass zwar ausnahmsweise einem Schuldner . . . . ein zweiter als gewöhnlicher Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB. hinzutreten kann . . . ., dass aber der Regel nach und im Zweifel die sog. kumulative Schuldübernahme nichts anderes als eine Bürgschaft ist“. In Bd. 64 S. 320 behauptet auch das RG. neben der sog. kumulativen Schuldübernahme zu Bürgschaftszwecken eine besondere durch Begründung einer selbständigen solidarischen Verpflichtung neben dem anderen Schuldner im eigenen Interesse des Übernehmers. In Bd. 71 S. 118 endlich verlangt das RG. für die kumulative Schuldübernahme das Vorliegen besonderer Umstände, so dass die Vorteile aus dem Vertragsverhältnis, auf dem die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners beruht, ganz oder zum Teil wirtschaftlich dem Eintretenden zugute kommen[1]). Danach sind die Hauptunterscheidungsmerkmale zu-

1) Vgl. ferner Blume in Iherings Jahrbuch 39 S. 391, OLG. München, Rostock, Braunschweig, Karlsruhe; Badische Rechtspraxis 1903 S. 338; Hans. Gerichtszeitung 1904 S. 232; ferner die für die Formfrage angegebene Literatur, endlich die bei Staudinger II S. 458 genannten.

nächst das Vorliegen eines eigenen Interesses des Interzedenten; ist dies gegeben, so ist im Zweifel Beitritt gewollt; ferner nach Wolf, ob nach dem Tatbestand der Interzedent hoffte und hoffen konnte, nicht selbst in Anspruch genommen zu werden oder nicht; wenn dies zutrifft, ist nach ihm Bürgschaft anzunehmen.

§ 9.

Im folgenden soll nun das Ergebnis der Untersuchung zusammengefasst und dabei versucht werden, gemeinsame Regeln für die Interzession aufzustellen. Das Ergebnis des Bisherigen ist:

I. Alle Schuldsicherungsgeschäfte lassen sich im Lichte der Lehre von Schuld und Haftung systematisch vereinigen. Sie teilen sich in Geschäfte der Schuld- und Haftungsinterzession.

1. Schuldübernahme ist der Eintritt eines neuen Schuldners in ein Schuldverhältnis an Stelle des alten Schuldners.

2. Schuldbeitritt ist der Hinzutritt eines zweiten Schuldners in ein Schuldverhältnis zu dem ersten als Gesamtschuldner.

Zu 1 und 2 in beiden Fällen tritt ein Dritter als Schuldner und als mit seinem Vermögen Haftender an Stelle des bzw. zu dem alten Schuldner.

3. Verpfändung für die Schuld eines Dritten bedeutet das auf Grund Vertrages erfolgende Einwerfen einer zweiten Haftung, und zwar Einzelhaftung in ein Schuldverhältnis zu der (in der Regel) schon bestehenden Haftung des Schuldnervermögens.

4. Verbürgung bedeutet das auf Grund Vertrages erfolgende Einwerfen einer zweiten Haftung, und zwar Vermögenshaftung in ein Schuldverhältnis zu der (in

der Regel) schon bestehenden Haftung des Schuldnervermögens.

Zu 3 und 4 in beiden Fällen tritt ein Dritter als Subjekt einer neuen Haftung in ein Schuldverhältnis ein, ohne zugleich Subjekt einer Schuldnerschuld zu sein.

II. Es lassen sich eine ganze Reihe von Regeln aufstellen, die für alle Interzessionsgeschäfte gelten. Eine weitere Gruppe von Regeln gilt nur für die Geschäfte der Schuldinterzession oder nur für die der Haftungsinterzession.

A) Die gemeinsamen Regeln sind:

1. Bei jeder Interzession handelt es sich um den Eintritt eines Dritten in ein schon bestehendes oder erst zu begründendes Schuldverhältnis. Zweck jeder Interzession ist die Sicherung des Gläubigers, zu dessen Gunsten interzediert wird.

2. Es kann interzediert werden für vollkommene und unvollkommene Verbindlichkeiten, wie auch für nichtige. Voraussetzung ist nur das Bestehen einer Schuld. Ist eine Verbindlichkeit nichtig, so ist auch die Interzession nichtig; wird eine Verbindlichkeit mit Erfolg angefochten, so fällt auch die Interzessionsschuld oder -Haftung fort.

Für jede Interzession ist der Bestand der zu sichernden Schuld zur Zeit des Eintritts massgebend. Vom Eintritt ab ist die natürliche Entwicklung der Forderung entscheidend (Verminderung durch Abzahlungen, Vermehrung durch Zinsen usw.). Eine vertragliche Erweiterung trifft keinen Interzedenten.

3. Jeder Interzedent kann Einreden geltend machen aus dem Interzessionsvertrage, ferner, soweit sie dem Schuldner zur Zeit des Vertragsschlusses schon gegeben waren.

4. Jedem Interzedenten steht nach Erfüllung der Schuld, falls nichts anderes vereinbart worden ist, Regress gegen den Schuldner zu.

5. Gemeinsame Schuldinterzedenten schulden als Gesamtschuldner und sind im Verhältnis zueinander nur zu gleichen Teilen verpflichtet, haben daher gegeneinander ein Ausgleichungsrecht. Gemeinsame Haftungsinterzedenten haften ein jeder mit seinem Vermögen bzw. mit seinem Gegenstand für die ganze Schuld, sind im Innenverhältnis ebenfalls nur zu gleichen Teilen gebunden und haben daher das gleiche Ausgleichungsrecht.

6. Die Endigungsgründe der Verpflichtung des Interzedenten bzw. der Haftung seines Vermögens oder seines Gegenstandes sind diejenigen der gesicherten Schuld, ferner die, die sich aus dem Interzessionsvertrage selber ergeben, wie auflösende Bedingung, Zeitablauf, schuldloser Untergang des Pfandgegenstandes u. dgl.

7. Die Interzession ist regelmässig abstrakt; nur in Einzelfällen können Beitritt, Drittverpfändung und Bürgschaft causal sein.

B) Unterschiede zwischen den Geschäften der Schuldinterzession und denen der Haftungsinterzession.

1. Bei der Schuldinterzession tritt ein neuer Schuldner an Stelle des alten oder zu dem alten hinzu, der zugleich auch haftet. Bei der Haftungsinterzession tritt eine neue Haftung zu einer in der Regel bereits vorhandenen Haftung des ursprünglichen Schuldners.

2. Schuldübernahme und Beitritt sind nach Abschluss des Vertrages selbständig, Bürgschaft und Pfandrecht sind akzessorisch.

3. Schuldübernahme und Beitritt können durch

Vertrag zwischen dem Interzedenten und dem Gläubiger und auch durch Vertrag zwischen dem Interzedenten und dem Schuldner erfolgen; Verbürgung und Drittverpfändung dagegen können nur durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen zustande kommen.

4. Die Schuld des Schuldübernehmers und des Beigetretenen erstreckt sich, von entgegenstehenden vertraglichen Abmachungen abgesehen, nicht auf Vertragsstrafen, wohl aber die Haftung des Bürgen und des Drittverpfänders.

5. Der Übernehmer und der Beigetretene können die Schuld anfechten; aufrechnen können sie, soweit sie persönlich zur Aufrechnung berechtigt sind, nicht dagegen mit einer Forderung des Urschuldners, Bürge und Drittverpfänder haben in beiden Fällen, Anfechtungs- wie Aufrechnungsmöglichkeit, nur eine verzögernde Einrede; eine zerstörende haben sie erst, wenn der Schuldner die Anfechtungs- bzw. Aufrechnungserklärung abgegeben hat.

6. Bürgschaften, Hypotheken, Pfand- und sonstige Vorzugsrechte erlöschen bei der Schuldübernahme, beim Beitritt bleiben sie für den früheren Alleinschuldner bestehen, auf den Beigetretenen erstrecken sie sich nur bei besonderer Vereinbarung; bei Verbürgung und Drittverpfändung dauern sie fort [1]).

7. Der Unternehmer und der Beigetretene haben nur einen schlichten Erstattungsregress, der sich auf die Analogie zu § 774 oder (mit Reichel und Heidenheimer) auf § 426 stützen lässt; der Bürge hat ausserdem den „antizipierten“ Regress (Reichel) des § 775, der analog auf die Drittverpfänder anzuwenden ist.

1) Vgl. aber II A 7.

§ 10.

Nur anhangsweise sollen jetzt noch verschiedene mit den hier behandelten verwandte Vertragsformen besprochen werden. Es sind dies die Erfüllungsübernahme, die intercessio tacita, der Garantievertrag, die Kredit-, Schadlos-, After- und Rückbürgschaft. Diese Geschäfte fallen nur zum Teil in das Gebiet der Interzession. Erfüllungsübernahme ist die Eingehung einer Verpflichtung gegenüber dem Schuldner eines Dritten, für den Schuldner den Dritten zu befriedigen. Es wird demnach ein besonderes Schuldverhältnis vereinbart, das zum Gegenstand die Erfüllung eines anderen hat. Derjenige, der die Verpflichtung gegenüber dem Schuldner eingeht, übernimmt also weder eine eigene Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger, noch eine eigene Haftung für die Schuld. Er tritt nicht in das Schuldverhältnis ein und ist daher auch nicht Interzedent. Wohl ist möglich, dass er die Schuld sichern will, dann aber nur im Interesse des Schuldners, nicht in dem des Gläubigers.

Als intercessio tacita bezeichnet die gemeinrechtliche Doktrin die Eingehung einer Verbindlichkeit an Stelle eines anderen, für diesen. Nach aussen wird nur der, der tatsächlich den Vertrag schliesst, verpflichtet, während im Innenverhältnis der, an dessen Stelle die Verpflichtung eingegangen wird, der allein verpflichtete Teil sein soll. Hier ist in erster Linie der Wille der Parteien zu erforschen, und falls dieser tatsächlich darauf gerichtet ist, nur zur Sicherung des Gläubigers nach aussen hin den Dritten zu verpflichten, liegt wahre Interzession vor, die den oben angegebenen Regeln unterworfen ist und in Einzelheiten der Schuldübernahme folgt, von der sie sich alsdann nur dadurch unterscheidet, dass der Urvertrag und der Übernahme-

vertrag zusammenfallen. Dass der Gläubiger um die auf Interzession gerichtete Parteiabsicht weiss, dürfte nicht erforderlich sein. Der Eingehung einer Verbindlichkeit an Stelle eines Dritten ist auf Seiten der Haftungsinterzession gleichzustellen die Bürgschaft für erst zu gewährenden Kredit sowie die Verpfändung im gleichen Falle.

Den Garantievertrag definiert Crome[1]): „Durch den Garantievertrag verpflichtet sich der Garant dem anderen Kontrahenten, einen Ausfall zu decken, den dieser aus einem bestimmten Unternehmen erleidet, sei es ganz oder bis zu einem gewissen Höchstbetrage.“ Er begründet also seinem Wesen nach eine durchaus selbständige Schuld und Haftung. Der Garant verpflichtet sich zu einer eigenen Leistung in der Weise, dass seine Verpflichtung bedingt ist durch den Nichteintritt des garantierten Erfolges. Charakteristisch ist dabei, dass der Eintritt der Leistungspflicht und damit der Haftung dafür unbeeinflusst bleibt durch den Zufall, eventuell sogar auch durch eintretende objektive Unmöglichkeit[2]). Es wird also auch hier wie bei der Erfüllungsübernahme ein neuer selbständiger Vertrag begründet, der nicht als Interzessionsgeschäft angesehen werden kann. Schon die Römer erschöpften die Behandlung des Garantievertrages, ihn von den Interzessionsgeschäften abzugrenzen[3]).

Eine Mittelstellung zwischen Garantievertrag und Kreditbürgschaft nimmt der Garantieauftrag oder das Kreditmandat ein. Es ist der Auftrag, zu kreditieren, also

---

1) § 300, vgl. auch § 266 60.

2) Vgl. hierzu Crome § 266 60 und § 300, Stammler im Arch. für ziv. Pr. n. F. XVIIII.

3) Vgl. die bei Stammler S. 73 Nr. 159 zitierte Literatur.

jemanden zum Schuldner anzunehmen oder die Schuld desselben weiter stehen zu lassen; wobei sich von selbst versteht, dass der Auftraggeber für die etwaigen nachteiligen Folgen seines Ersuchens einzustehen hat[1]). „Wird der Auftrag ausgeführt, so entsteht infolge des mit dem Auftrage verbundenen Garantieversprechens ein der Bürgschaft ähnliches Verhältnis, sogenannte Mandatsbürgschaft, nicht Kreditbürgschaft (vgl. vorher). Beide unterscheiden sich dadurch, dass bei der Mandatsbürgschaft der spätere Gläubiger zur Gewährung des Kredits verpflichtet ist, bei der Kreditbürgschaft dagegen die Gewährung des Kredits im Ermessen des Vertragsgegners des Kreditbürgen steht, dass ferner der Mandant erst mit der Erfüllung des Auftrags als Bürge haftet, der Kreditbürge aber sofort: Der Mandant haftet nunmehr wie ein Bürge[2]). Der Kreditauftrag selbst ist daher zwar kein Geschäft des Sicherungseintritts, diesen aber eng verwandt und im Erfolg ihnen sogar gleich. Vom Augenblick der Kreditgewährung an gelangen auf ihn Interzessionsgrundsätze zur Anwendung.

Schadlosbürgschaft ist eine gewöhnliche Bürgschaft mit der einen Modifizierung, dass die Verbürgung vereinbarterweise bloss den Ausfall, den der Gläubiger beim Schuldner erleiden wird, zum Gegenstande hat. Alsdann ist die Einrede der Vorausklage nicht blosse Rechtswohltat, sondern Vertragsbedingung[3]). Auch sie ist echte Bürgschaft, denn der Hauptschuldner schuldet ja auch den Ausfall und eben für diesen

---

1) Crome § 299.

2) Unger „Handeln auf fremde Gefahr“ Iherings Jahrb. 35 S. 302 ff.

3) Dernburg § 288 VI.

steht der Bürge ein[1]). Der Schadlosbürge ist ebenso wie der Kreditbürge an die schriftliche Form gebunden, nicht dagegen derjenige, der infolge eines Kreditauftrages als Bürge haftet.

Es bleiben uns noch die After- und die Rückbürgschaft. Beide setzen das Bestehen einer anderen Bürgschaft voraus. Afterbürgschaft ist das Einsetzen der Haftung des Afterbürgen für die freiwillige Erfüllung der Hauptschuld durch den Bürgen. Hierzu sei bemerkt, dass meines Erachtens Verbürgung wie Verpfändung für jede Leistung, schuldrechtliche wie haftungsrechtliche, möglich sind. Die Afterbürgschaft gehört zu den Geschäften der Haftungsinterzession. Rückbürgschaft ist das Einsetzen der Haftung des Rückbürgen für die Erfüllung des Regressanspruches des Hauptbürgen. Sie ist gewöhnliche Bürgschaft für eine bedingte und befristete Forderung, also desgleichen Interzessionsfall.

Auf die am Schluss geschilderten Interzessionsgeschäfte finden teils die allgemeinen Interzessionsgrundsätze Anwendung, teils die besonderen der Schuld- oder Haftungsinterzession.

---

1) Dieser Ansicht u. a. Enneccerus § 411 I und RG. Komentar. zur Bürgschaft Nr. 5b.; a. A. Cosack, der in der Schadlosbürgschaft einen Garantievertrag erblickt, wonach also keine Interzession vorliegen würde.

Lebenslauf.

Ich wurde am 23. November 1887 als Sohn des Reichsbankkassierers Gottlieb August Klann in Bremen geboren. Dort besuchte ich das humanistische Gymnasium bis zur Obersekunda. Dann ging ich auf das Domgymnasium in Verden an der Aller über, wo ich Ostern 1908 die Reifeprüfung bestand. Darauf besuchte ich der Reihe nach die Universitäten München, Marburg, Bonn, München, Bonn. In Bonn bestand ich am 19. Oktober 1912 das Referendarexamen und wurde am 24. Oktober als Referendar dem Kgl. Amtsgericht Waldbröl überwiesen.